



Roj: **SAP TF 656/2015 - ECLI: ES:APTF:2015:656**

Id Cendoj: **38038370012015100371**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2015**

Nº de Recurso: **223/2014**

Nº de Resolución: **334/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANTONIO MARIA RODERO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 86 40

Fax.: 922 208644

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000223/2014

NIG: 3802341120130006217

Resolución: Sentencia 000334/2015

Proc. origen: Familia. Divorcio contencioso Nº proc. origen: 0000728/2013-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 3 (Antiguo mixto Nº 3) de San Cristóbal de La Laguna

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Fiscal MINISTERIO FISCAL

Apelado Eloy Maria Desiree Requena Lopez Taidia Orihuela Quintero

Apelante Mercedes Jose Carlos Bautista Quintana Claudio Jesus Garcia Del Castillo

SENTENCIA

Rollo nº 223/2014

Autos nº 728/2013

Jdo. de Primera Instancia nº 3 de San Cristóbal de La Laguna

Ilmos./a Sres./a

Presidente:

D. ÁLVARO GASPAR PARDO DE ANDRADE

Magistrados:

Dª MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA

D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA

En Santa Cruz de Tenerife, a 10 de junio de dos mil quince.



Visto, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial integrada por los Iltmos./a Sres./a. Magistrados antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Cristóbal de la Laguna, en los autos de Divorcio Contencioso nº 728/2013, seguidos a instancia de D. Eloy , representado por la Procuradora D.ª Sonia González González y asistido por el Letrado D. Luis Abeledo Iglesias, contra D.ª Mercedes , representada por el Procurador D. Claudio Jesús García del Castillo, y asistida por el Letrado D. José Carlos Bautista Quintana; han pronunciado en NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente Sentencia siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA, con base en los siguientes:

1

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados la Iltma. Sra. Magistrada Juez D.ª Carmen Rosa Marrero Fumero, dictó sentencia el 11 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"SE ESTIMA la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. González González, en nombre y representación de quien comparece, y en consecuencia se declara DISUELTO POR DIVORCIO el matrimonio contraído el 14 de enero de 2004 por D. Eloy y Dña. Mercedes , con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento.

Se elevan a definitivas las medidas provisionales recogidas en el auto de 16 de diciembre de 2013, que se reproducen a continuación:

1.- La patria potestad del hijo común, Rafael , continuará siendo compartida entre ambos progenitores, mientras que la guarda y custodia se atribuye al padre.

2.- Se fija el siguiente régimen de visitas a favor de la madre:

-Lunes y jueves, desde las 10'00 hasta las 14'00 horas.

Una vez que el menor esté escolarizado, serán martes y jueves, desde la salida del colegio (o desde las 16'00 horas, en caso de día no lectivo) hasta las 20'00 horas.

-Fines de semana alternos, desde el sábado a las 10'00 horas hasta el lunes a las 14'00 horas.

Una vez que el menor esté escolarizado, serán fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio (o desde las 16'00 horas, en caso de día no lectivo) hasta el lunes a la entrada en el colegio.

-La Semana Santa se dividirá en dos periodos: el primero, desde el Viernes de Dolores a las 20'00 horas, hasta las 14'00 horas del Miércoles Santo; y el segundo, desde las 14'00 horas del Miércoles Santo hasta las 20'00 horas del Domingo de Resurrección.

El padre disfrutará de la compañía del menor en el primer tramo los años impares y la madre los pares.

-Vacaciones de verano: en los años pares, corresponderá a la madre el disfrute de la primera quincena de los meses de julio y agosto, y al padre la segunda. En los impares se hará de modo inverso.

-Las Navidades se dividirán en dos tramos: el primero, desde el 22 de diciembre a las 20'00 horas hasta el 30 de diciembre a las 20'00 horas, y el segundo desde esta fecha y hora hasta el 6 de enero a las 15'00 horas. El padre disfrutará de la compañía del menor en el primer tramo los años pares y la madre los impares.

El día 6 de enero, cuando a la madre le toque el primer periodo tendrá derecho a tener a su hijo en su compañía de 15'00 a 20'00 horas.

-El NUM000 , cumpleaños de Rafael , el progenitor en cuya compañía no se encuentre tendrá derecho a tenerlo en su compañía durante dos horas.

Las entregas y recogidas del menor se efectuarán en el domicilio paterno, salvo que se trate de recogida/ entrega a la salida/entrada del colegio (en cuyo caso se realizarán en el centro escolar). Se efectuarán por la madre o por persona de su confianza. Los padres podrán pactar un lugar de entrega distinto si ambos están conformes.

3.- La madre abonará a su hijo una pensión alimenticia de doscientos (200) euros2 mensuales, a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o libreta de ahorro que a tal fin designe el padre. Dicha cantidad deberá ser actualizada automáticamente por la madre, sin necesidad de requerimiento previo, con efectos 1 de enero de cada año, conforme al incremento experimentado por el IPC.

4.- Los gastos extraordinarios del hijo serán abonados por mitad entre ambos progenitores.



Será necesario consentimiento previo y fehaciente de ambos progenitores al gasto para la reclamación posterior de la mitad de su importe. El consentimiento no será necesario en caso de urgencia justificada y en los casos de gastos sanitarios.

5.- No procede efectuar pronunciamiento alguno respecto al préstamo hipotecario.

6.- No procede pensión compensatoria a favor de ninguno de los cónyuges.

7.- El uso y disfrute del que fuera el domicilio conyugal, sito en la URBANIZACIÓN000 , NUM001 , bloque NUM002 - NUM003 piso, puerta NUM004 , La Laguna, se atribuye a Dña. Mercedes .

Todo ello, sin efectuar expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO.- Iniciada la alzada y seguidos todos sus trámites, se señaló día y hora para la votación y fallo, que tuvo lugar el día 10 de junio de 2015.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia que, tras atribuir la guarda y custodia del hijo menor de edad al padre, y entre otras, estableció el régimen de visitas que se detalla en los antecedentes de hecho de la presente, y fijó en la cuantía de 200 euros mensuales la que el recurrente debe abonar en concepto de alimentos para aquél, interpone la parte demandada recurso de apelación solicitando se le atribuya la guarda y custodia del hijo, aún cuando una eventual estimación de la impugnación debe tener sus consecuencia tanto respecto del régimen de visitas como la obligación de pago de alimentos.- Y constituye el fundamento del recurso que por la juzgadora a quo no se ha valorado correctamente las pruebas practicadas, así como sostener que la resolución recurrida no es la más beneficiosa para el menor, con infracción de la normativa al respecto de aplicación y reiterada jurisprudencia tiene establecido.-

Por la parte demandante se interesa la íntegra confirmación de la resolución recurrida oponiéndose al recurso interpuesto, mismo pronunciamiento que interesa el Ministerio Fiscal.-

SEGUNDO.- Constituye, por tanto, el objeto nuclear del recurso la atribución de la guarda y custodia de la menor a uno de los progenitores, debiéndose partir del principio general que tal atribución es una medida que siempre debe ser adoptada en beneficio de los hijos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 92 del Código Civil , criterio idéntico al consignado en el art. 159 del mismo texto legal, redactado conforme a la Ley 11/1990 de 15 de octubre , sobre reforma de dicho Código, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, sin que la decisión que se ha de tomar ante el desacuerdo de los padres en este extremo, implique siempre que el no favorecido por la decisión carezca de aptitud o idoneidad para asumir la guarda y custodia, ni tampoco si fuera procedente el cambio de custodia, siendo de significar que el beneficio del hijo, criterio legal antes expuesto, ha de encontrar su mejor concreción posible en cada caso según las circunstancias, en lo que estriba la polémica de los litigantes.- Seguir insistiendo en que el interés de los menores ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el bonnum fili ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (arts. 92 , 93 , 94 , 103.1 , 154 , 158 y 170 del Código Civil) y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial.-

Y cuando desaparece el ámbito en que normalmente debe cumplirse la guarda y custodia de los menores, debido a la interrupción de la convivencia por parte de los progenitores, aquel principio adquiere una gran importancia ya que esta interrupción no exime a los padres de las obligaciones para con los hijos, en cuyo beneficio deben adoptarse las medidas tendentes a su cuidado y educación. Y todo ello, partiendo de la base de igualdad en que se encuentran, a priori, ambos progenitores (en lógica aplicación del principio de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución , deberá atribuirse dicha guarda atendiendo a cuál de ambos progenitores podrá asegurar de forma más favorable el cuidado, atención y equilibrio que el menor necesita; sin olvidar, por otra parte, que debe procurarse no separar a los hermanos tal y como dispone el art. 92 del CC .-

En definitiva, el Juzgador ha de tratar de averiguar, por tanto, con cuál de los progenitores se ha de producir un mayor desarrollo integral en los hijos, resolución que habrá de adoptarse con los elementos probatorios que obren en los autos, destacando nuevamente la importancia fundamental de la exploración que el propio



Juzgador haga de los menores o los dictámenes periciales que al respecto puedan haberse practicado, y todo ello dirigido a asegurar una forma de guarda y custodia lo más equilibrada posible que garantice el más adecuado desarrollo psíquico y social de los menores.-

TERCERO.- En el caso de autos la sentencia recurrida ratifica las medidas que acordó en el Auto de medidas provisionales dictado el 16 de diciembre de 2013, muy próximo, por lo tanto, al de la sentencia, argumentado que no se han modificado las circunstancias que las motivaron, y dando por reproducido su argumentación, añadiendo que en el padre siempre ha primado el interés del menor.- De la revisión por el sistema informático de los razonamientos vertidos en la antes mencionada resolución, se destaca que el menor ha convivido con ambos progenitores de forma alternativa, que esta situación se modifica unilateralmente por la recurrente un mes antes del dictado del Auto que la juzgadora atribuye a la recepción de la demanda de divorcio que interpone la apelada, o el restringir la comunicación con el menor con su padre por discusiones entre ambos progenitores, o ambas cosas.-

Y ciertamente no puede sino calificarse de muy escaso el material probatorio que existe en las actuaciones, pero en todo caso lo que no se evidencia es que la juzgadora a quo haya valorado de forma irracional o absurda las pruebas practicadas a su inmediatez, por lo que debe primar su valoración sobre la interesada de parte.- Y deben tenerse presente dos elementos que este Tribunal entiende necesario destacar, a saber, que desde la fecha del dictado de la resolución de las medidas provisionales, esto es, desde diciembre de 2013, el menor se encuentra bajo la custodia paterna, sin que incidencia alguna conste a la Sala, por lo que debe presumirse que se desarrolla satisfactoriamente para el menor, de modo que una alteración de dicho régimen de custodia, observado el tiempo transcurrido, en absoluto es aconsejable para la estabilidad emocional del menor acordar un cambio de custodia.- Y, en segundo lugar, atendiendo a que el Ministerio Fiscal, en su especial función de defensa de los menores en este tipo de procedimientos, ha interesado la confirmación de la resolución recurrida.-

Por lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto sin entrar en consideraciones sobre las restantes pretensiones del suplico del recurso que estaban anudadas a la estimación del pronunciamiento relativo a la custodia del menor.-

CUARTO.- De conformidad con lo prevenido en los artículos 394 y 398 de la L.E.C., y dada la naturaleza de este procedimiento no se realiza especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.-

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Desestimare el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D.^a Mercedes, contra la sentencia dictada en el presente procedimiento, confirmando la sentencia recurrida, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas del recurso.-

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Así por esta, nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Publicada ha sido la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, y leída ante mí por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA en audiencia pública del día de su fecha, de lo que, como Secretaria de Sala, certifico.